Die Voraussetzungen und der Umfang der für die Vertragsteile aus § 321 B. G. B. herzuleitenden Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristenfakultät der Universität
zu Rostock

ACAD. LAGUBAT BIBL.

vorgelegt von **C. von Kühlwetter,** Assessor.

1910/11

Referent:

Herr Professor Dr. Matthiass.

Herren Dribus

Semler, Bitter, Sieveking, Bintz, Mestern

zu Hamburg

in dankbarer Verehrung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0064

§ 321.

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet ist".

Literaturverzeichnis.

A. Materialien:

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. Guttentag 1897 I, II.

Motive zum Entwurfe eines B. G. B., amtliche Ausgabe 1888 II.

B. Einzelschriften:

Nissen, ein Beitrag zu § 321 B. G. B. in Jur.-Wochr. 03, S. 361 ff.

Silberschmidt, die Clausula rebus sic stantibus im B. G. B. in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1902, S. 149.

Fritze, die Clausula rebus sic stantibus in Kohlers Archiv Bd. 17. S. 20, insbesondere S. 45 ff.

Stammler, Clausula rebus sic stantibus im »Recht der Schuldverhältnisse« S. 94.

Regelsberger, Anspruch des Gläubigers auf Leistung von Sicherheit für betagte oder bedingte Forderungen wegen Eintritts einer Verschlechterung in der Vermögenslage des Schuldners, Iherings Jahrb. für Dogmatik 40, S. 451 ff.

Lenel, der Irrtum über wesentliche Eigenschaften in Iherings Jahrb. für Dogmatik 44, S. 1 ff.

Türk, Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners bei Vertragsschluß nach B. G. B. in Gruchots Beiträgen 43, S. 549 ff.

C. Lehrbücher:

Dernburg, Recht der Schuldverhältnisse 1901.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 5. Aufl. 1910.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts 1902.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 4. Aufl. 1906.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1906.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 9. Aufl. 1903.

v. Eck, Vorträge über das Recht des B. G. B. 1904.

D. Kommentare:

Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse. 3. bis 4. Aufl. 1908.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1906, 3. Aufl. 1910.

Planck, Kommentar zum B. G. B. 3. Aufl. 1907.

Rehbein, Kommentar zum B. G. B. 1903.

»Das Bürgerliche Gesetzbuch«, erläutert von Reichsgerichtsräten 1910.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl. 1906.
Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1910.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung 2. Aufl. 1904.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 11. Aufl. 1910.

E. Zeitschriften:

Das Recht 1902, 03, 04, 05, 10.
Juristische Wochenschrift 1897, 99, 1901, 02, 03, 04, 05, 07, 08.
Deutsche Juristenzeitung 1903, 04.
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 1901.
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 23.
Puchelts Zeitschrift für Deutsches Bürgerliches Recht pp. Bd. 33.
Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 28.

F. Entscheidungssammlungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 12, 21, 28, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 64, 66 (cit. R. G.)
Bolze, Praxis des Reichsgerichts Bd. 5.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, Zivilrecht 1908.
Sörgel, Rechtsprechung 1906, 1910.
Seufferts Archiv 46, 57, 58, 59, 62.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Herausgegeben Mugdan und Falkmann) 3, 4, 6, 18, 20 (cit.: O. L. G.)
Hessische Rechtsprechung, Bd. 6.
Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht pp. Bd. 1, 11.
Striethorst Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals Bd. 80.
Goldtdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß Bd. 51.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung:

§ 321 stellt keinen allgemein anwendbaren Rechtsgrundsatz auf, seine Anwendbarkeit ist vielmehr von gesetzlich normierten Voraussetzungen abhängig.

I. Die Voraussetzungen des § 321:

§ 1: § 321 bezieht sich lediglich auf Ansprüche, die zur Zeit der Geltendmachung der in ihm gewährleisteten Rechte auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind.

§ 2: § 321 verlangt eine Vermögensverschlechterung; Begriff- und Beweislast derselben; stellt Konkurs eine Vermögensverschlechterung dar?

§ 3: Die Vermögensverschlechterung muß im Augenblick der Fälligkeit der Vorleistung vorhanden sein; auf eine Vermögensverschlechterung, die zur Zeit des Vertragsschlusses bereits vorhanden ist, sind nicht die Vorschriften von § 321, sondern diejenigen von § 119 B. G. B. anwendbar.

§ 4: Zur Entstehung der Rechte des § 321 bedarf es keiner besonderen Kundgebung des Vorleistungspflichtigen an den Nachleistungspflichtigen; hingegen ist eine solche Kundgebung erforderlich, um die Folgen des Verzugs auf Seiten des Vorleistungspflichtigen abzuwenden.

§ 5: Die Rechtslage aus § 321 bei Rechtsnachfolge auf Seiten des Vorleistungspflichtigen oder des Nachleistungspflichtigen.

II. Der Umfang der Rechte aus § 321:

A) Die Rechte des Vorleistungspflichtigen:

§ 6: § 321 begründet kein selbständiges Recht auf die Gegenleistung; die Beendigung des sich aus der Verweigerung der Vorleistung ergebenden Schwebezustandes erfolgt durch Fristsetzung abseiten des Vorleistungspflichtigen.

§ 7: § 321 begründet kein Rücktrittsrecht des Vorleistungspflichtigen

§ 8: § 321 begründet nicht den Schadenersatzanspruch aus § 326 B. G. B.

B)

§ 9: Die Rechte des Nachleistungspflichtigen.

Schluß:

Das Verhältnis des § 321 zu § 610 B. G. B.

Einleitung.

Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, etwa dahingehend, daß jeder Vertrag als mit der clausula rebus sic stantibus abgeschlossen zu gelten habe, ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht aufgenommen worden; die Motive zum ersten Entwurf[1]) lassen deutlich erkennen, daß die clausula ursprünglich nur im Falle des jetzigen § 610 B. G. B. als solche vorgesehen war; erst die zweite Kommission[2]) hat die Klauselehre in beschränktem Umfang für den späteren § 321 zugelassen; aus den Beratungen dieser Kommission[3]) aber geht hervor, daß es sich in den jetzigen §§ 321 und 610 nicht um die Anwendung eines allgemeinen Prinzips, sondern »um die singuläre Normierung besonders gearteter Verhältnisse« handelt;[4]) für § 321 ist in den Beratungen[5]) weiter ausdrücklich hervorgehoben, daß es sich inhaltlich seiner Bestimmung nur um die beschränkte Anerkennung der clausula in einem Einzelfall handelt. Beschränkt ist die Anerkennung der clausula rebus sic stantibus im § 321 dem gemeinen Recht gegenüber insoweit, als sie im Geltungsgebiet des Letzteren zum Widerruf der Vertragszusage und damit zur gänzlichen Auflösung des Vertrages führen konnte,[6]) während die Rechte, die dem Vorleistungspflichtigen im § 321 gegeben sind, sich, wie später ausgeführt wird, in einem Zurückbehaltungsrecht erschöpfen. Um einen Einzelfall aber handelt es sich inhaltlich der Bestimmung des § 321, weil die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit im Gesetze fest normiert sind. Es soll Aufgabe dieser Arbeit sein, die Voraussetzungen, unter denen die Rechte aus § 321 zur Entstehung gelangen können, zu untersuchen und weiterhin den Umfang dieser Rechte festzustellen.

[1]) II S. 199.
[2]) Protokolle I, S. 631.
[3]) Protokolle I, S. 631 und II, S. 47.
[4]) R. G. 50, S. 257, ebenso Fritze a. a. O. S. 47 und 49; Silberschmidt a. a. O. S. 150; Staudinger S. 854, 855; Oertmann S. 586.
[5]) Protokolle I, S. 631.
[6]) Matthiass S. 223; Stammler S. 91.

I. Die Voraussetzungen des § 321.

§ 1.

Nach dem Wortlaut des § 321 haben die dortigen Bestimmungen nur auf gegenseitige Verträge und auch auf diese nur unter der Voraussetzung Anwendung zu finden, daß einmal eine Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Nachleistungspflichtigen nach Vertragsschluß eingetreten ist, und daß weiter durch diese Verschlechterung eine Gefährdung der Gegenleistung hervorgerufen wird. Demnach genügt zur Anwendbarkeit des § 321 nicht jede Verschlechterung in der Rechtslage des Nachleistungspflichtigen, sondern die Verschlechterung muß sich beziehen auf die Vermögensverhältnisse des Letzteren.

Es erscheinen daher von vornherein durch § 321 nur geschützt solche Ansprüche, die auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind; denn allein für die Verwirklichung solcher Ansprüche ist die Vermögenslage der Leistungsverpflichteten von ausschlaggebender Bedeutung.[1])

Nicht unter den Schutz des § 321 fallen prima facie demnach die Ansprüche auf Dienstleistung und zwar deshalb, weil auf ihre Erfüllung die Vermögenslage des Leistungspflichtigen einflußlos ist; aber auch die Ansprüche auf Sachleistung können nicht unter die durch § 321 geschützten Ansprüche fallen; denn das Unvermögen, eine speziell geschuldete Leistung zu gewähren, bedingt an sich noch keine Vermögensverschlechterung.[2]) Mit einem solchen Falle darf natürlich nicht derjenige verwechselt werden, indem es sich zwar um ein Unvermögen handelt, dieses Unvermögen seinen Grund aber in allgemeiner Vermögensverschlechterung findet; dann ist eben letzter Grund des Unvermögens der Leistung die Vermögensverschlechterung und der Schutz des § 321 erweist sich vornherein als wirksam.

[1]) Nissen a. a. O. S. 363; Staudinger Anm. 2b zu § 321.
[2]) Vgl. die Zitate zu Nota 1.

Es darf aber nicht außer Betracht bleiben, daß ein Dienstleistungs- oder Sachleistungsanspruch sich wegen eingetretener Unmöglichkeit in einen Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme verwandeln kann, für den alsdann der Schutz des § 321 wieder gegeben sein würde. Es fragt sich, ob der Schutz des § 321 erst eingreift, wenn jene Umwandlung des Dienstleistungs- oder Sachleistungsanspruchs in einen Schadenersatzanspruch sich bereits vollzogen hat, oder ob dieser Schutz schon besteht, wenn Umstände in der Person des Leistungspflichtigen die Besorgnis eines späteren Leistungsunvermögens begründen.

Will man das Letztere als Absicht des Gesetzgebers annehmen, so setzt man sich in Widerspruch mit dem Gesetzestext, der von einer Verschlechterung der Vermögenslage redet; man wird keineswegs immer von einer solchen Verschlechterung reden können. wenn der Verdacht späteren Leistungsunvermögens begründet ist. Die Gegner einer solchen Ansicht [1]) berufen sich auf das Sicherungsbedürfnis, den § 321 zu dienen bestimmt sei; dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Sicherungsmaßregeln des § 321 nach der Absicht des Gesetzgebers [2]) auf Fälle der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse beschränkt sein sollen. Es bedeutet nach meiner Auffassung eine unzulässige Inkonsequenz, zu deduzieren, daß einmal begrifflich unter den Schutz des § 321 nur Ansprüche auf Geldleistung fallen, andererseits den Schutz des § 321 auf Fälle ausdehnen zu wollen, in denen ein Anspruch auf Geldleistung zwar vielleicht zukünftig möglich, jedenfalls zur Zeit des begehrten Schutzes aber noch nicht vorhanden ist. Abgesehen davon werden in der Praxis für das Bedürfnis eines solchen Schutzes — wenigstens hinsichtlich des Sachleistungsanspruches — sich die Maßregeln der antizipierten Zwangsvollstreckung als ausreichend erweisen; für die Dienstleistungsansprüche aus einem Dienstvertrage, hinsichtlich deren die Zwangsvollstreckung nach § 888, 2 Z. P. O. ausgeschlossen ist, würde das sofortige Kündigungsrecht des § 626 B. G. B. einen ausreichenden Schutz gewähren; der gleiche Schutz ergibt sich

[1]) Nissen a. a. O. S. 363; Staudinger Anm. 2b zu § 321.
[2]) Protokolle I S. 631.

für die aus einem Werkvertrag zu leistenden Dienste aus § 649 B. G. B., abgesehen davon, daß auf solche Dienstleistungsansprüche die Vorschrift des § 888, 2 Z. P. O. keine Anwendung findet [1]).

Man wird diesen Ausführungen entgegenhalten, daß es dem Vorleistungspflichtigen unter Umständen mehr auf die Dienstleistung des Nachleistungspflichtigen wie auf die durch die Kündigung erzielte Vertragsaufhebung ankommen wird; demgegenüber ist zu betonen, daß es nicht im Zweck des § 321 liegt, den Vertragsinhalt mit Rücksicht auf eingetretene Veränderungen der Verhältnisse zu Gunsten des einen Teils umzugestalten, soweit dieser bei Eintritt der Veränderung über den Vertragsinhalt noch frei verfügen kann [2]); es müssen demnach die Fälle, in denen der zur Vorleistung Verpflichtete vermöge eines ihm zustehenden Kündigungsrechts seine vertragliche Bindung bei Eintritt des Vermögensverfalls des Gegners noch ausschließen konnte und trotzdem die Kündigungsfrist ungenutzt verstreichen ließ, als nicht durch den § 321 gedeckt angesehen werden; volenti non fit injuria.

Ich gelange somit zu der Entscheidung, daß die Schutzvorschriften des § 321 sich lediglich auf Ansprüche beziehen, die zur Zeit der Geltendmachung der sich aus ihr ergebenden Rechte auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind.

§ 2.

Die Ansprüche des § 1 werden inhaltlich des Wortlautes des § 321 B. G. B. geschützt für den Fall einer Vermögensverschlechterung des Gegners; was unter Vermögensverschlechterung zu verstehen ist, sagt § 321 nicht; eine feststehende Definition des Begriffes wird sich für den Rahmen des § 321 auch kaum finden lassen, sie wird vielmehr immer im einzelnen Falle dem objektiven Maßstabe der Verkehrsanschauung überlassen bleiben müssen [3]). Grenzen sind dieser Verkehrsanschauung inhaltlich des § 321 nur insofern gezogen, als die Vermögensverschlechterung

[1]) Seuffert Anm. 2c zu § 888.
[2]) R. G. 65 S. 192.
[3]) R. G. bei Warneyer 08, S. 298 u. Recht 1910, 1230.

eine derartige sein muß, daß sie den Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet; eine solche Gefährdung liegt trotz objektiver Vermögensverschlechterung dann nicht vor, wenn die Gegenleistung dinglich gesichert ist [1]), und die Sicherung als ausreichend betrachtet werden muß; hingegen erscheint begrifflich eine Vermögensverschlechterung sehr wohl auch dann denkbar, wenn die Vermögensverhältnisse des Nachleistungspflichtigen bereits bei Vertragsschluß keine guten waren [2]); der Begriff der Verschlechterung verlangt lediglich ein Minus im Verhältnis zu den zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Vermögensverhältnissen. Man wird aber weiter ein solches Minus nicht allein auf den Fall des Steigens der Passiven und der Veränderung ihres Verhältnisses zu den Aktiven zu beschränken haben, sondern es wird zum Nachweis einer Vermögensverschlechterung schon die geringere Realisierbarkeit der Aktiven, die Fälligkeit von Schulden und die Erschwerung der Flüssigmachung von Zahlungsmitteln herangezogen werden können [3]).

Im allgemeinen wird man eine Vermögensverschlechterung i. S. des § 321 dann anzunehmen berechtigt sein, wenn eingetretene Änderungen in den Vermögensverhältnissen des Nachleistungspflichtigen nicht mehr das Vertrauen in seine Leistungsfähigkeit rechtfertigen, durch das der Vorleistungspflichtige sich derzeit zur Einräumung der Vorleistung hat bestimmen lassen [4]). Die Praxis hat eine Vermögensverschlechterung beispielsweise in dem Erlaß einer größeren Anzahl von Versäumnisurteilen gegen den Nachleistungspflichtigen [5]) ebenso wie in einer durch Zahlungsstockungen und Stundungsgesuche hervorgerufenen Kreditschädigung [6]) erblickt, sie hat im Gegensatz dazu aber eine wesentliche Verschlechterung nicht aus dem Umstande zu folgern vermocht, daß ein Wechselverpflichteter Wechsel zu Protest gehen ließ [7]). Als wesentliche Vermögensver-

[1]) R. G. 53, S. 244; Jur.-Woch. 03 Beil. S. 33.
[2]) R. G. 12. 11. 04; R. G. Komm. S. 265; Puchelts Ztschr. 33, 363.
[3]) R. G. Warneyer 08. 278 u. Warneyer 08 Anm. 4 zu § 321.
[4]) Protokolle I, 631.
[5]) Hess.-Rechtspr. 6, 105.
[6]) Jur.-Woch. 08, 193.
[7]) Sächs. Arch. 11, 503.

schlechterung sind Ankäufe angesehen worden, die zwar den Warenbestand vergrößern, den Käufer aber außer Stand setzen, anderweit ihm vorgeschriebene Zahlungsfristen innezuhalten [1]); dagegen ist nicht als wesentliche Vermögensverschlechterung die sich erweisende Unzulänglichkeit eines zur Deckung gegebenen Kreditbriefes [2]) erachtet worden. Endlich ist auch aus Ereignissen, deren Eintritt nicht vom dem Willen des Nachleistungspflichtigen abhängig war, wie z. B. aus dem Ausbruch revolutionärer Unruhen [3]) eine Vermögensverschlechterung i. S. des § 321 gefolgert worden.

Die Frage ob die Konkurseröffnung eine Vermögensverschlechterung in demselben Sinne darstellt, hat widersprechende Beantwortung gefunden. Das Reichsgericht hat sie bejaht [4]) mit der Begründung, daß selbst die Vermögenslage eines vor der Konkurseröffnung insolventen Schuldners durch die Letztere insoweit verschlechtert werde, als ihm die Konkurseröffnung die Möglichkeit einer späteren Verbesserung seiner Vermögenslage abschneide. Demgegenüber weist Staub [5]) darauf hin, daß es nach der Konkurseröffnung nicht mehr auf die Person des Kridars, sondern auf den Zustand der zur Erfüllung verpflichteten Konkursmasse ankomme, daß demzufolge § 321 nur dann Anwendung finden könne, wenn die Letztere keine genügende Sicherheit für die Gegenleistung biete.

Ich halte die letztere Ansicht für die richtigere: Nach den Darlegungen des vorigen Paragraphen bezieht sich § 321 nur auf die Ansprüche, für die die Vermögensverhältnisse des Schuldners, und nicht seine eigene Person, von maßgebender Bedeutung sind. Diese Vermögensverhältnisse werden einerseits dadurch, daß die über sie verfügungsberechtigten Personen wechseln, an sich nicht berührt; sie bleiben andererseits als Vermögensverhältnisse dieselben mit oder ohne die Aussicht einer späteren Verbesserung; denn diese Aussicht auf Vermögensverbesserung ist jedenfalls kein geldwerter Bestandteil der Vermögens-

[1]) Jur.-Woch. 08, 193.
[2]) R. G. 64, 112.
[3]) O. L. G. 18, 59.
[4]) Entsch. v. 12. 11. 04; R. G. Komm. 265; Recht 05. S. 77.
[5]) Anm. 42 Abs. 2, Exkurs vor 373 u. Abm. 81, Exkurs zu 382.

verhältnisse des Nachleistungspflichtigen; sie stellt vielmehr lediglich ein Vertrauen in die persönliche Geschäftstüchtigkeit des Letzteren dar; darauf aber, daß der Vorleistungspflichtige durch die Konkurseröffnung dieses Vertrauen in die Person des Nachleistungspflichtigen verliert, kann es nicht ankommen; denn, wie schon gesagt, gründet sich sein Vertrauen, insoweit es wenigstens nach § 321 beachtenswert ist, nicht auf die Person des Kridars, sondern auf dessen Vermögensverhältnisse.

Im übrigen wird man mit Staub[1]) unterscheiden müssen: Hat der Vorleistungspflichtige bereits vor Konkurseröffnung von dem Rechte des § 321 Gebrauch gemacht, und lehnt der Konkursverwalter gemäß § 17 K. O. den Eintritt in den Vertrag ab, so bleibt dem Ersteren nach § 26 K. O. nur ein Schadensersatzanspruch und die Vorschriften des § 321 sind gegenstandslos geworden; tritt der Konkursverwalter unter den gleichen Umständen in den Vertrag ein, so muß er seinerseits, um Erfüllung verlangen zu können, entweder Zug um Zug leisten oder Sicherheit stellen; ist hingegen das Recht aus § 321 vom Vorleistungspflichtigen bis zur Konkurseröffnung noch nicht ausgeübt, so ist eine Verschlechterung in dem Bestand der Konkursmasse notwendig, um es zur Existenz zu bringen.

Die Beweislast für die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse trifft denjenigen, der Rechte aus ihr herleiten will, also den Vorleistungspflichtigen; reus in excipiendo actor fit; bei strikter Befolgung dieses Prozeßgrundsatzes würde der Vorleistungspflichtige nicht nur für die Vermögenslage der Nachleistungspflichtigen zur Zeit der Verweigerung der Vorleistung sondern auch für dessen Vermögenslage beim Vertragsschluß beweispflichtig sein; den letzteren Beweis wird er kaum jemals führen können; es muß daher genügen, wenn der Vorleistungspflichtige den Beweis für solche nach Vertragsschluß in die Erscheinung getretenen Tatsachen erbringt, in denen nach den obigen Ausführungen eine Vermögensverschlechterung zu erblicken ist. Es muß alsdann dem Nachleistungspflichtigen der Gegenbeweis überlassen bleiben, daß diese Tatsachen eine

[1]) Anm. 81, Exkurs zu 382.

Verschlechterung seiner bei Vertragsschluß vorhanden gewesenen Vermögenslage nicht bedingt haben.[1]) Man wird sich nicht darauf zu beschränken brauchen, eine solche Verteilung der Beweislast mit allgemeinen Billigkeitsgründen zu stützen; sie entspricht durchaus der Verteilung der Beweislast in ähnlichen Fällen, z. B. beim Schuldnerverzug und der Konventionalstrafe.

§ 3.

Inhaltlich des § 321 muß es sich um eine Vermögensverschlechterung handeln, die nach dem Abschluß des Vertrages eingetreten ist. Die Fassung der Gesetzesbestimmung ergibt ohne weiteres, daß eine mißliche Vermögenslage, die in demselben Umfang bereits bei Vertragsschluß vorhanden war, dem Vorleistungspflichtigen die Rechte aus § 321 nicht gewähren kann.[2]) Immerhin kann auch nicht jede Vermögensverschlechterung, die nach Vertragsschluß entstanden ist, die Rechte aus § 321 begründen; zunächst dann nicht, wenn sie für die Vorleistung nicht mehr in Betracht kommt; denn nach Beseitigung einer zwischenzeitlichen Vermögensverschlechterung liegen für den Vorleistungspflichtigen die gleichen Voraussetzungen vor, wie diejenigen, durch die er sich zum Vertragsschluß bestimmen ließ; nach der Absicht des Gesetzgebers[3]) kommt es aber lediglich auf eine Änderung in diesen Voraussetzungen an, um das Weigerungsrecht des Vorleistungspflichtigen aus § 321 begründen zu können.

Tritt hingegen die Vermögensverschlechterung erst während des Verzuges des Vorleistungspflichtigen ein, so wird die Gegenleistung infolge eines Umstandes gefährdet, den der Vorleistungspflichtige zu vertreten hat; würde die Gegenleistung infolge dieses Umstandes unmöglich, so würde der Nachleistungsberechtigte zufolge § 326 Abs. 1 Satz 1 den Anspruch auf die Vorleistung behalten; aus der letzteren Bestimmung wird man unbedenklich folgern können, daß der Vorleistungsanspruch im Falle des Verzuges des Vorleistungspflichtigen seinem Vertragsgegner

[1]) Staub Anm. 42, Exkurs vor 373.
[2]) R. G. 21. 12. 09; bei Sörgel 1910 Nr. 6 zu § 321.
[3]) Protokolle I, 631.

auch dann gewahrt bleibt, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung nach Eintritt des Verzuges auf Seiten des Vorleistungspflichtigen später gefährdet erscheint.

Man wird infolgedessen mit der Rechtsprechung[1]) davon ausgehen müssen, daß die Vermögensverschlechterung zu der Zeit vorhanden sein muß, zu der die Leistung fällig ist.

Wie in § 9 ausgeführt werden wird, kann der Nachleistungspflichtige die dem Vorleistungspflichtigen aus § 321 zustehenden Rechte durch Sicherheitsleistung schlagen; daraus folgt, daß eine zur Zeit der Fälligkeit bestehende Vermögensverschlechterung dann nicht mehr i. S. des § 321 in Betracht zu ziehen ist, wenn der Nachleistungspflichtige vor der Fälligkeit bereits Sicherheit geleistet hatte.[2] Einer solchen Entscheidung liegt die Erwägung zu Grunde, daß der Zweck der Bestimmung des § 321 die Sicherstellung von Nachleistungen ist, und daß die Rechte des § 321 daher entfallen müssen, wenn für diese Sicherstellung bereits gesorgt ist; die gleiche Erwägung muß dazu führen, eine Vermögensverschlechterung überhaupt nicht zu berücksichtigen, wenn sie erst entstanden ist, nachdem der Anspruch des Nachleistungspflichtigen bereits in einem Schadensersatzanspruch übergegangen war; in diesem Falle ist das Recht des Vorleistungspflichtigen, den Vertrag zu erfüllen, erloschen und für einen Anspruch auf Sicherung der vertraglichen Gegenleistung bleibt demzufolge kein Raum mehr.[3])

Es wird sich weiter fragen, ob auch dem Vorleistungspflichtigen der bereits geleistet hat, in sinngemäßer Anwendung des § 321 ein Rückforderungsanspruch gegen den Nachleistungspflichtigen zusteht, falls dessen Vermögensverhältnisse sich nach stattgehabter Leistung verschlechtern. Auch diese Frage muß verneint werden; wollte man dem Vorleistungspflichtigen einen solchen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr zubilligen, so würde man ihm damit nichts anderes als ein Rücktrittsrecht vom Vertrage

[1]) R. G. 54, 358; Jur.-Woch. 03, Beil. S. 78, 08, 193 Nr. 7; R. G. im Recht 1910 Nr. 1230.

[3]) Im Resultat gleich R. G. 53, 246.

[2]) O. L. G. 4, S. 13.

zusprechen; ein solches aber steht ihm, wie die späteren Ausführungen näher ergeben werden, nicht zu und ebenso wenig ist ihm nach denselben Ausführungen ein selbstständiger Anspruch auf Sicherungsleistung gegeben[1]). Verschieden von dem letzteren Fall ist derjenige, in dem der Vorleistungspflichtige in Unkenntnis der zur Zeit der Leistung bestehenden Vermögensverschlechterung des Nachleistungspflichtigen geleistet hat; auch dann wird man ihm einen Rückforderungsanspruch aus § 813, 1 B. G. B. jedenfalls nicht zubilligen können; denn ein solcher würde zur Voraussetzung die Rechtsbeständigkeit einer Einrede haben, durch die die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen würde; eine solche Einrede gewährt aber § 321 nicht; denn, wenn die Bedingungen für das Weigerungsrecht des Vorleistungspflichtigen später weggefallen sind, ist damit dieses Weigerungsrecht selbst ebenfalls beseitigt.[2])

Nach dem oben Gesagten begründet die bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene mißliche Vermögenslage des Nachleistungspflichtigen an sich nicht das Weigerungsrecht aus § 321[3]). Die Beantwortung der Frage, welche Rechte dem Vorleistungspflichtigen daraus erwachsen, daß ihm bei Vertragsschluß die dort schon vorhandene mißliche Vermögenslage seines Gegenkontrahenten unbekannt geblieben ist, beantwortet sich analog der Entscheidung, die in dem gleichen Falle bei Zahlungsunfähigkeit des Nachleistungspflichtigen zu treffen ist.

Es ist in der Literatur darüber, ob der im Irrtum über diese Zahlungsfähigkeit abgeschlossene Vertrag eine Anfechtung aus § 119 B. G. B. rechtfertigt ein lebhafter Streit entstanden. Die Gegner[4]) einer solchen Ansicht sehen in einem solchen Irrtum einen nach den allgemeinen Lehren des B. G. B. unbeachtlichen Irrtum im Motiv und stützen diese Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des § 321. Die letztere[5]) ergibt nun allerdings, daß der Antrag, das

[1]) In der Enstch. gleich O. L. G. 4, 32.
[2]) Nissen, Jur.-Woch. 03, 362.
[3]) Staudinger IX, 1b zu § 433; Rehbein Bd. II, S. 176; Staub Exkurs v. 373 Anm. 44 und § 373 Anm. 31; Regelsberger a. a. O. 451; Sächs. Arch. 11, 503; R. G. 50, 257.
[4]) Planck zu § 321; Schollmeyer zu § 321; Lenel a. a. O. S. 22.
[5]) Protokolle I, 631.

Weigerungsrecht des § 321 auf den vorliegend besprochenen Fall auszudehnen, durch die Kommission mit der Begründung abgelehnt wurde, daß es sich bei diesem Irrtum um einen Irrtum im Beweggrunde handele und kein Grund einzusehen sei, der eine Abweichung von der allgemeinen Regel des B. G. B. rechtfertige. Mag nun aber auch der Gesetzgeber ursprünglich eine solche Absicht gehabt haben — er hat sie jedenfalls nicht zum Gesetz erhoben; zum Überfluß geht auch aus der Entstehungsgeschichte des § 119 hervor, daß er diesen ursprünglichen Standpunkt später nicht festgehalten hat; die Denkschrift zum Entwurf[1]) erklärt ausdrücklich, daß die Frage, ob der Irrtum einen Punkt betreffe, der zum Inhalte einer Erklärung im Gegensatz als zum bloßen Beweggrunde gehört, der allgemeinen Auslegung überlassen bleiben solle, daß aber zur Abschneidung von Zweifeln im Entwurf[2]) ausausdrücklich betont werde, daß ein Irrtum über solche Eigenschaften einer Person, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, als Irrtum über den Inhalt der Erklärung zu gelten habe. Die Rechtsprechung hat sich überwiegend auf den Standpunkt gestellt, daß die Kreditwürdigkeit des Käufers als eine Eigenschaft anzusehen ist, die beim Kreditgeschäft als wesentlich zu gelten hat;[3]) gegen eine solche Auffassung wird sich um so weniger etwas einwenden lassen, als der Wortlaut des § 119 ihr Hindernisse nicht in den Weg legt, sie im übrigen aber den Bedürfnissen des Verkehrs durchaus gerecht wird. Lenel[4]) verneint das Letztere, indem er darauf hinweist, daß man durch die Bejahung der Anfechtbarkeit des Vertrages dem Kreditnehmer die Möglichkeit abschneide, Sicherheit zu leisten, eine Möglichkeit, die ihm in § 321 ausdrücklich gewährt werde. Dem ist entgegen zu halten,

[1]) Heymanns Verlag S. 32.

[2]) § 115.

[3]) Matthiass S. 213; v. Eck S. 45 N. 3; Türck a. a. O. S. 566; Nissen a. a. O. S. 362; Dernburg § 145 II, Abs. III; Regelsberger a. a. O. S. 479; Staudinger IX 1b zu 433; Staub Exkurs v. 373 Anm. 44; Rehbein I S. 139; R. G. 66, 387 u. Komm. d. R. G.-Räte I, S. 101; R. G. 12, 104, 21, 312; Jur.-Woch. 97, 354 01, 463; 04, 590; 07, 737. O. L. G. 3, 39; 4, 11, Bl. f. Rechtspfl. 01, S. 192. Striethorst 80 S. 304.

[4]) Lenel a. a. O. 22, 23.

daß keine gesetzliche Bestimmung sich für die Ansicht verwerten läßt, der Gesetzgeber habe einem zahlungsunfähigen Schuldner Sicherungsmittel zur Erlangung vertraglicher Leistungen verschaffen wollen, die ihm ein Vertragsgegner in Unkenntnis der zur Zeit des Vertragsschlusses bereits vorhandenen Zahlungsunfähigkeit zugesichert hat; ein solches Recht soll vielmehr ausweislich der Bestimmung des § 321 nur dann dem Kreditnehmer zustehen, wenn die mißliche Vermögenslage erst nach Vertragsschluß eingetreten is. Auch der Umstand, daß der Kreditgeber infolge des Irrtums möglicherweise auf das negative Vertragsinteresse haftet,[1]) spricht an sich nicht gegen die praktische Verwendbarkeit der oben zitierten Erkenntnisse; es erscheint zunächst auch recht fraglich, ob der seine Zahlungsunfähigkeit bei Vertragsschluß, wenn auch absichtslos, verschweigende Vertragsteil dieses Interesse mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr geltend machen kann; kann er dies aber, so würde jene Konsequenz nur eine Bestätigung der alten Wahrheit »Augen für Geld« enthalten.

Wenn somit die Kreditwürdigkeit des Käufers als eine für den Abschluß des Kreditgeschäftes wesentliche Eigenschaft anzusehen ist, so muß auch bei Geschäften, die keine Kreditgeschäfte sind, aus den gleichen Gründen die Zahlungsunfähigkeit des Käufers dann als eine verkehrswesentliche Eigenschaft angesehen werden, wenn anzunehmen ist, daß ein verständiger Kaufmann ohne Irrtum über diesen Punkt den Vertrag nicht geschlossen haben würde.[2])

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Vorleistungspflichtige durch die bereits zur Zeit des Vertragsschlusses bestehende, ihm aber unbekannt gebliebene Zahlungsunfähigkeit des Nachleistungspflichtigen zur Anfechtung des Vertrages aus § 119, 2 B. G. B. berechtigt wird; liegt hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit eine arglistige Täuschung vor, so bedarf es eines Eingehens auf die behandelte Streitfrage überhaupt nicht, da inhaltlich des § 123 B. G. B. jeder bestimmende Irrtum, nicht bloß der wesentliche, einen Anfechtungsgrund abgibt; in diesem Falle würde weiter mög-

[1]) Lenel a. a. O. S. 22.

[2]) Jur.-Woch. 99, 312; 05, 425; Bolze 5, 390; Seuffert Arch. 02, 149; Goltdammers Arch. 51, 397.

licherweise eine Schadenersatzpflicht des Täuschenden gemäß §§ 823 u. 826 B. G. B. in Frage kommen.[1])

Es liegt kein Grund vor, die obige allgemeine Verkehrsanschauung lediglich auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit zu beschränken und damit eine bei Vertragsschluß bestehende mißliche Vermögenslage als Anfechtungsgrund gemäß § 119, 2 nicht anerkennen zu wollen; mit Recht sehen die angezogenen Entscheidungen[2]) das Kriterium des Anfechtungsgrundes weniger in der Zahlungsunfähigkeit wie in der Kreditunwürdigkeit; die Letztere wird aber im Falle der mißlichen Vermögenslage ebenso gut gegeben sein, wie bei völliger Zahlungsunfähigkeit.

Das Resultat dieser Erörterungen ist demnach, daß die schon bei Vertragsschluß vorhandene mißliche Vermögenslage die Einrede aus § 321 nicht begründet; daß die Letztere vielmehr nur dann gerechtfertigt ist, wenn eine nach Vertragsschluß eingetretene Vermögensverschlechterung zur Zeit der Fälligkeit der Vorleistung noch vorhanden ist.

§ 4.

Der § 321 fordert als Voraussetzung der Vorleistungsverweigerung lediglich die Verschlechterung der Vermögenslage des Nachleistungspflichtigen; es kann daher angesichts des Wortlauts dieser Gesetzesvorschrift nicht angenommen werden, daß zur Entstehung des Verweigerungsrechtes des Vorleistungspflichtigen weiter noch eine Anzeige des Letzteren an den Nachleistungsverpflichteten des Inhalts erforderlich ist, daß nunmehr Leistung Zug um Zug oder Sicherheitsleistung begehrt werde. Diese Auslegung des Gesetzestextes findet ihre Stütze in der Absicht des Gesetzgebers,[3]) nach der das Verweigerungsrecht des Vorleistungspflichtigen lediglich von dem Fortfall der Voraussetzungen bedingt ist, die den letzteren derzeit zur Übernahme der Vorleistung bestimmt haben; daraus geht hervor, daß der Vorleistungsverpflichtete durch den Wegfall jener Voraussetzungen ohne weiteres in die gleiche rechtliche Lage

[1]) R. G. 28, 381.
[2]) Insbesondere von den zitierten Entscheidungen O. L. G. 4, S. 12.
[3]) Protokolle I, 631.

mit demjenigen versetzt wird, der von Anfang an nicht zur Vorleistung verpflichtet war.[1])

Aus einer solchen Interpretation der Absicht des Gesetzgebers ergibt sich die weitere Feststellung, daß die Berechtigung des Vorleistungsverpflichteten, die Vorleistung zu verweigern, ohne weiteres hinfällig wird in dem Augenblick, in dem infolge des Wegfalls der Vermögensverschlechterung eine Gefährdung der Gegenleistung nicht mehr besteht (vgl. die Ausführungen im § 3). Man wird von diesem Grundsatze im Interesse der Verkehrssicherheit eine Ausnahme machen müssen für den Fall, daß der Wegfall des Verweigerungsgrundes der Vorleistung nicht zur Kenntnis des Vorleistungspflichtigen gelangt ist. Hier wird man annehmen müssen, daß die Vorleistungspflicht nicht früher zu erneuter Rechtswirksamkeit gelangt, ehe der Vorleistungspflichtige eine zuverlässige Kenntnis von dem Fortfall der Voraussetzungen seiner Weigerungsberechtigung erlangt hat. Die Begründung dieser Ausnahme findet ihre Stütze in dem Verstoß gegen Treu und Glauben, der darin zu finden ist, daß der Nachleistungspflichtige eine entsprechende Benachrichtigung des Vorleistungsverpflichteten unterläßt, durch diese Unterlassung einen Irrtum des Letzteren über die wirkliche Vermögenslage des Ersteren unterhält und dann diesen von ihm hervorgerufenen und unterhaltenen Irrtum gegen den Vorleistungspflichtigen später verwerten will.[2]) Ist der Nachleistungspflichtige hingegen von dem Grunde der Leistungsverweigerung überhaupt nicht unterrichtet worden, so bedarf es nach der oben dargelegten Absicht des Gesetzgebers nicht erst der Anzeige der stattgehabten Vermögensverbesserung um die Vorleistungspflicht von neuem entstehen zu lassen; solche Fälle dürften in der Praxis allerdings selten sein.

Eine andere Frage ist hingegen, ob es einer Anzeige des Vorleistungspflichtigen an den Nachleistungspflichtigen über die von dem Ersteren beabsichtigte Ausübung des Weigerungsrechtes bedarf, um die Folgen des Verzuges von dem Vorleistungspflichtigen abzuwenden. Diese Frage

[1]) R. G. 51, S. 172; Nissen a. a. O. 362.
[2]) Gruchot 52, 413; R. G. in Seuff. Arch. 62, 138.

muß bejaht werden; und zwar aus der einfachen Erwägung, weil § 321 dem Vorleistungspflichtigen lediglich ein Zurückbehaltungsrecht, also eine Einrede gegen die Fälligkeit der Vorleistung gewährt, es daher in dem Belieben des Letzteren steht, ob er von diesem Recht Gebrauch machen und damit die Voraussetzung seines Verzuges beseitigen will oder nicht. Zur Wirksamkeit einer Willenserklärung aber ist nach allgemeinen Grundsätzen deren Erkennbarkeit erforderlich (§ 130 B. G. B.) Zwar kann eine Willenserklärung an sich auch aus konkludenten Handlungen geschlossen werden; eine solche könnte aber vorliegenden Falles nur darin liegen, daß der Vorleistungspflichtige die Leistung verweigert; aus ihr würde sich noch nicht ergeben. aus welchem Grunde er sie verweigert; da aber nur bestimmte Gründe das Weigerungsrecht aus § 321 rechtfertigen, muß der Vorleistungspflichtige in einer ausdrücklichen Erklärung des Grundes der Weigerung dem Vertragsgegner anzeigen, daß er von dem ihm durch die Vermögensverschlechterung des Nachleistungspflichtigen entstandenen Recht Gebrauch machen und damit seinen Verzug vermeiden will.[1])

Solange mithin der Vorleistungspflichtige von der Ausübung seines Rechtes aus § 321 keine Mitteilung an seinen Vertragsgegner hat gelangen lassen, kommt er beim Lieferungsgeschäft mit bestimmten Lieferungstagen mit deren Ablauf und andernfalls mit der Mahnung des Nachleistungspflichtigen in Verzug, der infolgedessen die Frist des § 326 gegen ihn in Lauf setzen kann. Übt der Vorleistungspflichtige sein Weigerungsrecht während der letzteren Frist aus, so wird deren Ablauf vorläufig gehemmt,[2]) denn solange die Weigerung des Vorleistungspflichtigen zu Recht besteht, unterbleibt die Vorleistung infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat[3]) und infolgedessen kann er selbst nicht in Verzug geraten (285 B. G. B.). Daraus, daß im § 321 dem Nachleistungspflichtigen das Recht gewährt ist, gegen Angebot der Gegenleistung oder gegen Sicherheitsleistung die Leistung des Vorleistungspflichtigen verlangen zu können, ergibt sich weiter, daß

[1]) Im Resultat gleich i. d. Begr. abweichend Nissen a. a. O. S. 362.
[2]) R. G. 53, S. 64; Jur.-Woch. 03, 361; 04, 201.
[3]) R. G. 02, S. 262.

beim Vorliegen dieser Tatsachen die Weigerung des Vorleistungspflichtigen nicht mehr zu Recht besteht, von diesem Zeitpunkt an also der Vollendung der Frist des § 326 oder der Inverzugsetzung des Vorleistungspflichtigen rechtliche Hindernisse nicht mehr im Wege stehen.[1])

§ 5.

Ehe auf die Rechte eingegangen werden soll, die sich aus der nach § 321 berechtigten Weigerung des Vorleistungspflichtigen für diesen ergeben, bedarf es einer Klarstellung, ob diese Rechte gegebenenfalls auch auf den Rechtsnachfolger des Vorleistungspflichtigen übergehen. Die Frage ist im allgemeinen zu bejahen.

Für den Erben ergibt sich das ohne weiteres aus dem Grundsatz der successio in summum jus defuncti (§ 1922 B. G. B.)

Für die Zession wird dasselbe angenommen werden müssen; allerdings wird hier zu unterscheiden sein, ob der Zedent nur seine Rechte oder ob er auch seine Pflichten aus dem gegenseitigen Vertrage abtritt; hinsichtlich der Abtretung der Rechte liegt in einem solchen Vertrage auch ohne Mitwirkung des Schuldners eine wirksame Zession vor (§ 398 B. G. B.) Die Zession der Pflichten aus einem derartigen Vertrage aber wäre nur mit Wirkung gegen den Leistungsberechtigten im Wege der Schuldübernahme, also durch einen entweder mit dem Leistungsberechtigten selbst abgeschlossenen oder wenigstens von ihm genehmigten Vertrage möglich (§ 414, 415, 2 B. G. B.)

Tritt der Vorleistungpflichtige Rechte und Pflichten aus dem Vertrage ab, so wird dadurch die Rechtslage des Nachleistungspflichtigen nicht berührt; ist die Gefährdung der Gegenleistung bereits vor der in einem solchen Abtretungsvertrage enthaltenen Schuldübernahme eingetreten, so kann der Schuldübernehmer das Weigerungsrecht gemäß § 417 ebenfalls geltend machen; tritt die Gefährdung später ein, so ergibt sich das gleiche Recht für den Übernehmer aus § 321 selbst.

[1]) Nissen a. a. O. 362.

Tritt hingegen der Nachleistungspflichtige Rechte und Pflichten aus dem Vertrage ab, so entsteht die Frage, ob die zur Zeit des Abtretungsvertrages dem Zedenten gegenüber bereits begründeten Weigerungsrechte auch seinem Rechtsnachfolger gegenüber geltend gemacht werden können; das ist zu bejahen aus § 404; treten die Voraussetzungen des Weigerungsrechts hingegen in der Person des Zedenten erst nach der Abtretung der Rechte und Pflichten ein, so wird man unterscheiden müssen, ob die einen Bestandteil des Abtretungsvertrages bildende Schuldübernahme nach dem Parteiwillen eine privative oder cumulative sein soll; im ersteren Fall (und dieser ist zufolge § 414 die Regel) scheidet die Person des früheren Schuldners aus dem Vertrage aus, nachträgliche Veränderungen ihrer Vermögenslage können also ein Weigerungsrecht des Vorleistungspflichtigen nicht mehr begründen. Im zweiten Falle entsteht zufolge § 427 und § 431 ein Gesamtschuldverhältnis im Hinblick auf die Nachleistungspflicht und entweder Gesamtgläubigerschaft oder Teilgläubigerschaft hinschtlich des Rechtes auf Vorleistung.

Die Gesamtgläubigerschaft entsteht abgesehen von wenigen Ausnahmen nur durch vertragliche Bestimmung; sollen Schuldübernehmer und Nachleistungspflichtiger zwar Teilgläubiger hinsichtlich der Vorleistung sein, ist aber hinsichtlich der Nachleistung keine Bestimmung getroffen, so sind sie trotz des Mangels einer solchen hinsichtlich der Nachleistung Gesamtschuldner, da sie diese durch Vertrag übernommen haben (§ 427 B. G. B.); demzufolge kann der Vorleistungspflichtige von jedem die ganze Nachleistung fordern und insoweit solche in ihrem ganzen Umfang gefährdet erscheint, nach § 321 die teilweise Vorleistung verweigern; aber er kann einem hinsichtlich der gesamten Nachleistung einwandsfreien Nachleistungs-Teilverpflichteten nicht die Einrede entgegensetzen, daß die Gegenleistung durch die Vermögensverhältnisse eines anderen Nachleistungsverpflichteten gefährdet sei. Ist endlich Teilgläubigerschaft hinsichtlich der Vorleistung und Teilschuldnerhaft hinsichtlich der Nachleistung vereinbart, dann hat sich das Schuldverhältnis in eine Reihe von Einzelschuldverhältnissen aufgelöst, hinsichtlich deren für jedes besonders

das Weigerungsrecht des § 321 bei Gefährdung der Gegenleistung geltend gemacht werden kann.

Liegt Gesamtgläubigerschaft hinsichtlich des Rechtes auf Vorleistung vor, so ist die Geltendmachung des Weigerungsrechtes des Vorleistungspflichtigen beschränkt nach § 429 und § 425 B. G. B. auf die Person desjenigen Gesamtgläubigers, für den die Voraussetzungen des § 321 gegeben sind; denn, da nach § 428 jeder Gesamtgläubiger die ganze Leistung fordern kann, kann der Vorleistungspflichtige die Vorleistung dem einwandfreien Gesamtgläubiger gegenüber nicht mit dem Hinweise verweigern, daß in der Person eines anderen Gesamtgläubigers die Voraussetzungen des Weigerungsrechts begründet seien.

Anders würde zu entscheiden sein, wenn lediglich die Rechte und nicht die Pflichten aus einem die Vorleistungspflicht enthaltenden Vertrage abgetreten werden; in diesem Falle bleiben die Pflichten und damit die Personen der Leistungsverpflichteten von der Zession unberührt; hat also der Nachleistungsverpflichtete sein Recht auf Vorleistung abgetreten, so können Veränderungen in seinen Vermögensverhältnissen, die den Voraussetzungen des § 321 entsprechen, immer noch das Weigerungsrecht des Vorleistungsverpflichteten begründen; denn für diese Weigerung ist allein die Gefährdung der Gegenleistung maßgebend, und diese Gegenleistung wird, wie gesagt, durch Zession des Vorleistungsanspruches nicht berührt [1]). Das Gleiche muß für den Fall der gesetzlichen Übertragung beispielsweise der Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf Vorleistung gelten [2]). Tritt der Vorleistungsverpflichtete seinen Anspruch auf die Nachleistung ab, so kann der Nachleistungsverpflichtete sein Recht auf Vorleistung nach § 404 auch gegen den Zessionar geltend machen.

Bei Vorliegen einer bloßen Erfüllungsübernahme endlich kommt die Person des Erfüllungsübernehmers für den Vertragsgegner zufolge § 329 überhaupt nicht in Betracht.

Ebenso wie der Vorleistungspflichtige selbst wird der Konkursverwalter im Konkurse über das Vermögen des

[1]) Im Resultat gleich R. G. 51, 172; Jur.-Woch. 02, 230; Recht 03, 103.
[2]) Ztschr. f. Ziv.-Proz. 28, 263.

Letzteren zur Geltendmachung des Weigerungsrechts befugt erachtet werden müssen; ohne die Streitfrage, ob der Konkursverwalter im allgemeinen als Vertreter des Kridars zu gelten hat, zu berühren, ist davon auszugehen, daß er jedenfalls Vertreter des Letzteren ist, insoweit er erfüllt und Erfüllung fordert; das sagt das Gesetz klar mit den Worten des § 17 K. O. »so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen« [1].

Über die Geltendmachung des Einrederechts gegenüber dem in Konkurs verfallenen Nachleistungsverpflichteten vgl. § 2 dieser Arbeit.

Die dem Konkursverwalter zugesprochene Befugnis wird auch dem Testamentsvollstrecker nicht zu versagen sein, insoweit er entweder die Verwaltung des ganzen Nachlasses führt oder wenigstens das Recht auf die Nachleistung seiner Verwaltung untersteht. (§§ 2205, 2216); denn diese Verwaltung umfaßt die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über das verwaltete Gut [2] und schließt infolgedessen die Geltendmachung der Einreden, sei es als Vor-, sei es als Nachleistungsberechtigter ein.

---

[1] Jäger, Anm. 34 des § 17.
[1] Motive V, 627 ff.

II. Der Umfang der Rechte § 321.

A. Die Rechte des Vorleistungsverpflichteten.

§ 6.

Die Rechtsfolge der Ausübung des begründeten Weigerungsrechtes ist in § 321 dahin bestimmt, daß der aus einem gegenseitigen Vertrage zur Vorleistung Verpflichtete die ihm obliegende Leistung bis zur Sicherstellung der Nachleistung verweigern kann. Schon aus der Fassung des § 321 geht hervor, daß die Rechtsfolge des durch den Vorleistungsberechtigten ausgeübten Weigerungsrechtes lediglich ein Zurückbehaltungsrecht, und nicht mehr, sein soll. Übereinstimmend mit einer solchen Interpretation hat die Praxis denn auch entschieden,[1]) daß es inhaltlich der Vorschrift des § 321 nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, dem Vorleistungsberechtigten eine selbstsändige Klage auf die Nachleistung gegen Leistung der Vorleistung zu gewähren.

Man hat gegen eine solche Auffassung außer den Bedenken, die sich aus dem Verkehrsbedürfnisse ergeben sollen eingewandt[2]), daß dem Vorleistungspflichtigen trotz der Befugnis aus § 321 das Recht verbleibe, auf Abnahme der Vorleistung gegen die Nachleistung zu klagen, und daß er mit einer solchen Klage zum Ziele kommen müsse, da er die Einrede des Vorleistungspflichtigen durch die Replik aus § 321 abwehren könne; die letztere Anschauung

[1]) R. G. 53, 64–65; 50, 258; 51, 171; Jur.-Woch. 03, Beil. S. 7, S. 78, 04, S. 201; Seuff. Arch. 58, S. 310, 59 S. 94, R. G. Recht 04, 137 und 221; Sächs. Arch. 1, 33; O. L. G. 4, 222; 6, 44; Staudinger II, 1, 186. Staub Exk. vor 375, Anm. 41; Silberschmidt a. a. O. S. 153; Oertmann S. 155.

[2]) R. G. 56, 64, Dietrich Deutsche Jur.-Ztg. 04, S. 1079; Staub Deutsche Jur.-Ztg. 03, S. 388. Dernburg Ausg. 99, Anm. 7 zu § 93, II. 1 hat seine frühere Auffassung in den neueren Auflagen (Anm. 9 u. 11 zu § 93, II. 1) i. S. der bei Nota 1 zitierten Rechtspr. geändert.

ist irrig; die Replik aus § 321 würde nur dann durchschlagen, wenn der ursprüngliche Vertrag infolge des Vorliegens der Voraussetzungen des § 321 eine von der früheren gänzlich verschiedene Basis erhalten hätte, d. h. wenn er sich umgewandelt hätte in einen Zug um Zug zu erfüllenden Vertrag; das letztere ist aber nicht richtig; zwar kann der Nachleistungspflichtige für die Dauer der Vermögensverschlechterung nur Zug um Zug Erfüllung verlangen, aber damit ist noch nicht gesagt, daß dem Vorleistungspflichtigen das gleiche Recht zustehen soll; wer auf Kredit kauft, hat ein durchaus anders geartetes Geschäft schließen wollen, als einen Kauf gegen bar und er braucht sich trotz seiner verschlechterten Vermögenslage nicht ein von dem ursprünglichen gänzlich verschiedenes und ihm insbesondere nachteiliges Rechtsgeschäft aufnötigen zu lassen [1]).

Bedenken gegen eine solche Auslegung des § 321 sind auch im Verkehrsbedürfnisse nicht begründet. Ist der Nachleistungspflichtige in der Lage, leisten zu können, und bewirkt er trotzdem die Nachleistung oder Sicherheitsleistung nicht während einer relativ längeren Zeit, so wird man diese längere Untätigkeit nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr als ein Fallenlassen des Anspruchs auf Nachleistung ansehen müssen [2]). Ist der Nachleistungspflichtige hingegen nicht in der Lage, leisten zu können, so wird man zunächst den Fall ausscheiden müssen, in dem der Nachleistungspflichtige im voraus ernstlich erklärt hat, daß er nicht leisten werde; man wird in einem solchen Verhalten einen Verzicht des Schuldners auf die Mahnung zu erblicken haben [3]) und daher Verzug des Nachleistungspflichtigen ohne weiteres annehmen können (§ 284). Steht Verzug des Nachleistungspflichtigen aber fest, so kann der Vorleistungspflichtige nach § 326, sei es nach, sei es ohne Fristsetzung, die spätere Erfüllung ablehnen und Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen. Liegt unter der gleichen Voraussetzung aber eine solche positive Erklärung des Nachleistungspflichtigen nicht vor, so wird man davon ausgehen müssen,

[2]) R. G. 53, 64. Seuffert Arch. 58, 310.
[3]) Staub Exk. zu 374, Anm. 8 u. Anm. 44.
[4]) Staub Anm. 51 Exk. zu § 374; R. G. 51, 347; 52, 150; 57, 112.

daß seine Befugnis, den Gegenstand der Vorleistung fordern zu können, bedingt ist durch Gegenleistung oder Sicherheitsleistung; eine solche Bedingung trägt eine gewisse zeitliche Begrenzung in der Hinsicht in sich, daß die Bedingung, deren Eintritt im Belieben des Nachleistungspflichtigen steht, innerhalb angemessener Frist durch diesen herbeigeführt wird; der Ablauf einer angemessenen Frist an sich wird allerdings den Nachleistungspflichtigen noch nicht berechtigen, sich vom Vertrage loszusagen, aber man wird dem Vorleistungspflichtigen die analoge Anwendung der Rechte § 326 insoweit zusprechen müssen, als er dem Nachleistungspflichtigen eine nochmalige Frist mit der Erklärung setzen kann, daß er nach Fristablauf Erfüllung ablehnen und Schadensersatz fordern werde. Eine solche analoge Anwendung des § 326 findet ihre Begründung darin, daß die Fristsetzung, die inhaltlich vom § 326 ein im Verzuge befindlicher Leistungsverpflichteter verlangen kann, zweifellos mit demselben Recht, einem an sich nicht im Verzuge befindlichen Nachleistungspflichtigen zugesprochen werden muß. Die Fristsetzung an sich entspricht auch dem den Fristsetzungen im Bürgerlichen Gesetzbuch fast ausnahmslos zugrunde liegenden Gedanken der Schaffung klarer Rechtsverhältnisse und sie deckt sich weiter mit den Vorschriften über Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, nach denen ein dem einen Teil gegebenes Recht nicht zu einem in die Willkür des anderen Teils gestellten Schwebezustand führen darf[1]).

Schröder[2]) sucht das gleiche Resultat durch den Hinweis auf § 298 B. G. B. zu erreichen. Demgegenüber muß ausgeführt werden, daß die letztere Bestimmung nur dann Anwendung finden kann, wenn der Nachleistungspflichtige die ursprüngliche Vorleistung verlangt oder wenigstens sie abzunehmen verpflichtet ist, ohne selbst zur Zug um Zug-Leistung der ursprünglichen Nachleistung bereit zu sein. § 298 B. G. B. versagt aber, für den Fall, daß der Vorleistungsberechtigte die ursprüngliche Vorleistung nicht verlangt oder zu ihrer Abnahme nicht durch Fristablauf

[1]) Nissen a. a. O. S. 363; Staub Anm. 41, Exk. vor 373, der damit die Beantwortung auf seine Frage in dem Zitat auf S. 30 gibt.

[2]) Mecklenbg. Ztschr. f. Rechtspfl. 23, 190.

verpflichtet ist, daher den ursprünglichen Vorleistungsverpflichteten an den Vertrag gebunden hält, ohne daß er selbst leistungsbereit ist; zwar sind bei einem gegenseitigen Vertrage beide Teile Gläubiger und Schuldner, aber nach den obigen Ausführungen hat der Vorleistungsverpflichtete keinen selbständigen Anspruch auf die Zug um Zug-Leistung des Nachleistungspflichtigen, er ist also überhaupt nicht befugt, seinen Vertragsgegner i. S. des § 298 in Verzug zu setzen und wäre darauf angewiesen, den Abruf der ursprünglichen Vorleistung abzuwarten, um von dem Rechtsbehelf des § 298 Gebrauch machen zu können. Damit zu verwechseln ist natürlich nicht der Fall, indem der Vorleistungspflichtige in der Lage ist, ohne Abruf des Nachleistungspflichtigen leisten zu können; ist in diesem Falle der Nachleistungspflichtige, für den die Voraussetzungen des § 321 vorliegen, nicht zur Gegenleistung bereit, dann erscheint allerdings § 298 anwendbar.

Das Reichsgericht hat in seiner für die heutige Rechtsprechung grundlegenden Entscheidung [1]) selbst angedeutet, daß das Bürgerliche Gesetzbuch dem Vorleistungspflichtigen Rechtsbehelfe an die Hand gebe, die zu einer Beendigung des Schwebezustandes führen müßten. In einer neueren Entscheidung [2]) hat es dann allerdings ausgesprochen, daß die Geltendmachung der Rechte aus § 326 neben dem Zurückbehaltungsrecht aus § 321 dem Vorleistungspflichtigen zu versagen sei; es deutet aber nichts darauf hin, daß das Reichsgericht mit dieser Entscheidung den Fall hat treffen wollen, indem der Nachleistungspflichtige den Schwebezustand unangemessen in die Länge zieht.

Ich gelange demzufolge zu der Entscheidung, daß ein selbständiges Klagerecht auf die Gegenleistung dem Vorleistungspflichtigen auch unter der Voraussetzung einer auf Seiten des Nachleistungspflichtigen bestehenden Vermögensverschlechterung nicht zuzusprechen ist; das Gleiche wird analog von einem selbständigen Anspruch auf Sicherheitsleistung zu gelten haben [3]). Die Richtigkeit einer solchen Auffassung ergibt sich für die Sicherheitsleistung außer

[1]) R. G. 53, 65.
[2]) Recht 1910 Nr. 1718.
[3]) R. G. 53, 64; Recht 1910, Nr. 1339; O. L. G. 20, 144; 6, 44.

den oben angeführten Gründen auch aus der Betrachtung, daß die Sicherheitsleistung ebensowenig wie die Gegenleistung in obligatione ist, sondern daß die beiden letzteren allein Rechte des Nachleistungspflichtigen darstellen, mit denen er die Weigerungseinrede des Vorleistungspflichtigen beseitigen kann [1].

§ 7.

Ein selbständiger Anspruch auf Gegenleistung oder Sicherheitsleistung steht dem Vorleistungspflichtigen nach den Ausführungen des vorigen Paragraphen nicht zu; es ist des weiteren zu untersuchen, ob ihm die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse seines Vertragsgegners das Recht des Rücktritts vom Vertrage gewährt. Die Frage wird dann unbedingt zu bejahen sein, wenn im Einzelfalle die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche und die durch Treu und Glauben bedingten Forderungen der Verkehrssitte einen solchen Rücktritt als Vertragsabsicht der Parteien erscheinen lassen [2]. Im übrigen wird die Frage in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung verneint werden müssen [3].

Eine solche Rechtsprechung findet ihre Stütze durch die Entwickelungsgeschichte des § 321. Die Motive zum ersten Entwurf [4] betonen, daß der Rücktritt wegen veränderter Umstände — die sogenannte clausula rebus sic stantibus — vom Entwurf nur in einem Falle nämlich dem § 458, der dem § 610 B. G. B. entspricht, zugelassen worden sei. Schon damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die dem Vorleistungspflichtigen im § 321 gewährten Rechte das Recht aus der clausula nicht einschließen sollen; deutlicher aber noch tritt eine solche Absicht des Gesetzgebers in den Beratungen der zweiten Kommission [5] hervor; dort ist ausdrücklich gesagt, daß nur in beschränktem Maße die

[1] Oertmann S. 155.
[2] Motive II, 199; R. G. 50, 258; O. L. G. 4, 66.
[3] II, 199.
[4] R. G. 50, 258; 54, 356; Seuffert Arch. 59, S. 94; O. L. G. 4, S. 12 u. 66; Jur.-Woch. 02, 230; Staub, Anm. 41, Exk. vor 373; Nissen a. a. O. S. 361; Oertmann S. 156.
[5] Protokolle I, 631.

clausula rebus sic stantibus inhaltlich des § 321 anzuerkennen sei, nämlich nur insoweit, als unter Umständen der Vorleistungspflichtige von seiner Verpflichtung zur Vorleistung entbunden werden müsse. Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Aufnahme der gemeinrechtlichen clausula rebus sic stantibus in ihrem ganzen Umfange, also insoweit sie den Rücktritt des Vorleistungspflichtigen vom Vertrage rechtfertige [1]), von vornherein abgelehnt hat.

§ 8.

Es steht somit dem Vorleistungspflichtigen weder ein selbständiger Anspruch auf Leistung Zug um Zug oder Sicherheitsleistung noch ein Rücktrittsrecht zu; es fragt sich weiter, ob der Eintritt einer Vermögensverschlechterung des Nachteilungspflichtigen gleichzeitig dessen Verzug bedingt. Auch diese Frage ist zu verneinen; implicite liegt eine solche Verneinung bereits in den Ausführungen des § 6 dieser Arbeit; dort ist ausgeführt, daß nach Ablauf einer angemessenen Frist dem Vorleistungspflichtigen die Rechte aus § 326 zustehen; begründete der Eintritt der Vermögensverschlechterung bereits den Verzug des Nachleistungspflichtigen, so würde es sich erübrigen, ihm zuvor eine Frist zu setzen.

In der Rechtsprechung ist denn auch unwidersprochen anerkannt worden, daß der Eintritt der Vermögensverschlechterung den Nachleistungspflichtigen nicht in Verzug zu setzen vermöge [2]); solchen Entscheidungen aber wird allein deshalb beizupflichten sein, weil die Voraussetzung des Verzugs die Fälligkeit der Leistung ist (§ 284); fällig aber ist die Leistung immer erst nach bewirkter Vorleistung. Spricht man daher dem Vorleistungspflichtigen, wie dies oben geschehen, das Recht ab, infolge der Vermögensverschlechterung seines Vertragsgegners Leistung Zug um Zug verlangen zu können, so muß man aus denselben Gründen verneinen, daß durch jene Vermögensverschlechterung der Nachleistungspflichtige in Verzug gesetzt wird. Diese Rechtslage ändert sich in dem Augen-

[1]) Regelsberger a. a. O. 40, S. 473 u. 475.
[2]) Recht 04, S. 221; Jur.-Woch. 04, S. 201; Seuffert Arch. 59, S. 94.

blick, indem der Nachleistungsverpflichtete nach Eintritt der Vermögensverschlechterung die Vorleistung verlangt; alsdann muß er gleichzeitig zur Zug um Zug-Leistung der Gegenleistung oder zur Sicherheitsleistung bereit sein, andernfalls gerät er zufolge § 298 B. G. B. ohne weiteres in Verzug.

Inwieweit die Vermögensverschlechterung des Nachleistungpflichtigen Einwirkungen auf den Verzug des Vorleistungspflichtigen zeitigen kann, ist im § 3 dieser Arbeit bereits besprochen worden.

B. Die Rechte des Nachleistungspflichtigen.

§ 9.

Die Vermögungsverschlechterung hat für den Nachleistungspflichtigen zunächst die Folge, daß er die Vorleistung nur noch gegen Sicherstellung der Nachleistung oder gegen deren Zug um Zug-Leistung fordern darf; wie aber schon in § 3 ausgeführt, stellen die Befugnisse des § 321 lediglich Rechte des Vorleistungspflichtigen dar, von denen er nach Belieben Gebrauch machen kann oder nicht; damit ist ohne weiteres gesagt, daß der Richter im Prozeß auch die ihm bekannte Vermögensverschlechterung nicht zu berücksichtigen hat, wenn sich der Beklagte nicht auf sie beruft. § 321 gibt ein Einrederecht und nichts mehr [1]); infolgedessen wird dem Nachleistungspflichtigen, obwohl er seine Vermögensverschlechterung im Prozeß zuzugeben bereit ist, zu raten sein, den Klagantrag nicht auf Zug um Zug-Leistung oder Leistung nach zuvoriger Sicherheitsleistung zu stellen, sondern vielmehr einfach Leistung zu begehren, und dem Gegner die Geltendmachung der Einrede zu überlassen; macht dieser von seinem Einrederecht Gebrauch, so kann gemäß § 322 B. G. B. nun nur seine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erfolgen [2]); verweigert der Vorleistungspflichtige auf Grund einer Verurteilung Zug um Zug später die Gegen-

[1]) Jur.-Woch. 04, 201.
[2]) Recht 02, 507; R. G. 51, 172 u. 368.

leistung, so kann der Nachleistungspflichtige entweder durch den Gerichtsvollzieher seine Leistung anbieten, oder durch öffentliche Urkunden den Annahmeverzug des Vorleistungspflichtigen nachweisen und in beiden Fällen auf die Gegenleistung vollstrecken lassen (§ 756 Z. P. O. in Verbindung mit § 274, 2 B. G. B.). Hat andererseits der Nachleistungspflichtige an der Vorleistung ein besonderes Interesse, so gibt ihm das Gesetz die Möglichkeit, durch die Replik der erfolgten Sicherheitsleistung die Einrede des Vorleistungspflichtigen zu schlagen.

Es muß dem Nachleistungspflichtigen aber unter den gleichen Voraussetzungen auch unbenommen bleiben, die Klage auf Vorleistung mit Begründung zu erheben, daß er Sicherheit geleistet habe, oder von vorherein den Klageantrag auf Leistung Zug um Zug zu stellen; es wird ihm hinsichtlich dieses Klagebegehrens im Laufe des Prozesses aber ein jus variandi nicht zuzubilligen sein, denn der Kläger, der an Stelle zuerst begehrter Vorleistung später Zug um Zug-Leistung verlangt, ergänzt weder noch berichtigt, erweitert oder beschränkt er seinen früheren Klageantrag; infolgedessen ist ihm eine Änderung des ursprünglichen Klageantrages nach § 268, 3 C. P. O. nur infolge einer »eingetretenen Veränderung« gestattet, eine solche Veränderung aber liegt in diesem Falle nicht vor; die fragliche Änderung des Klageantrags würde daher eine Klagänderung bedeuten, ohne daß es in dieser Hinsicht in Frage kommen kann, daß das rechtliche Fundament beider Klaganträge das gleiche ist [1].

Es fragt sich weiter, ob unter der im § 321 zugelassenen Sicherheitsleistung eine den Vorschriften des § 323 oder eine denjenigen des § 273 entsprechende Sicherheitsleistung zu verstehen ist. Einige Kommentatoren [2] vertreten ohne weitere Begründung die Ansicht, daß auf die Sicherheitsleistung des § 321 die grundlegenden Regeln der Bestimmung des § 232 und nicht die Ausnahmebestimmung des § 273 anzuwenden seien; ihnen muß entgegengehalten werden, daß die Ausnahmebestimmung des § 273 geschaffen ist, für eine Sicherheitsleistung, die ein Zurückbehaltungsrecht des Leistungs-

[1] Seuffert Arch. 46, S. 218.
[2] Planck II, 1, 40; Staudinger II, 1, 187.

pflichtigen ausschalten soll. Um ein solches Zurückbehaltungsrecht handelt es sich im § 321 ebensogut wie im § 273. Wenn daher § 273 eine allgemeine Ausnahme vom § 232 zugunsten eines bestimmten Zurückbehaltungsrechtes schafft, so dürfte es viel näher liegen, dieser Ausnahme auch das Zurückbehaltungsrecht des § 321 zu unterstellen. Es liegt kein Grund vor, zugunsten des § 321 wieder eine Ausnahme von der Ausnahme zu schaffen. Infolgedessen dürfte die Bürgschaftsübernahme als Mittel der Sicherheitsleistung i. S. des § 321 nicht in Frage kommen.

Nach den Ausführungen in den §§ 6 und 7 dieser Arbeit steht dem Vorleistungsverpflichteten ein selbständiger Anspruch auf Gegenleistung oder Sicherheitsleistung nicht zu; es fragt sich, ob aus einem solchen zu Unrecht erhobenen Anspruch dem Nachleistungsverpflichteten irgendwelche Rechte erwachsen; die muß grundsätzlich verneint werden, insoweit nicht aus den Tatumständen des einzelnen Falles hervorgeht, daß der Vorleistungspflichtige inhaltlich einer solchen Erklärung sich überhaupt seiner vertraglichen Lieferungspflicht entziehen will [1]); liegt eine Erklärung des letzteren Inhalts dagegen vor, so wird der Annahme nichts im Wege stehen, daß sich der Vorleistungspflichtige durch sie selbst in Verzug gesetzt hat, und dem Nachleistungspflichtigen infolgedessen die Rechte des § 326, und zwar ohne zuvorige Fristfestsetzung zustehen. [2]) Damit ist schon gesagt, daß das Gleiche gelten muß, wenn der Vorleistungspflichtige zwar nicht Zug um Zug-Leistung oder Sicherheitsleistung verlangt, sondern die Vorleistung grundlos verweigert unter Umständen, die auf eine endgültige Verweigerung schließen lassen. Liegen solche Umstände nicht vor, so muß der Nachleistungspflichtige grundsätzlich nach eingetretenem Verzug dem Vorleistungspflichtigen zunächst die Frist des § 326 setzen. Man wird aber bei diesen Erörterungen im Auge haben müssen, daß die eine Vorleistung verweigernde Erklärung entweder zur Zeit der Fälligkeit der Vorleistung abgegeben wird, oder sich doch unzweideutig auf diese Zeit beziehen muß [3]). Einer ent-

[1]) R. G. 04, 137.
[2]) R. G. 51, 350; 52, 152; 53, 166; 66, 421.
[3]) R. G. 52, 152.

sprechenden vor der Fälligkeit abzugebenden, und zu dieser Zeit ungerechtfertigten Erklärung des Vorleistungspflichtigen wird man ohne Weiteres eine Bedeutung für die Zeit der Fälligkeit selbst dann nicht zumessen können, wenn später eine Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Nachleistungspflichtigen wirklich eintritt[1]). Wohl kann aber eine solche Erklärung unter Umständen den Vertragszweck gefährden und dann als positive Vertragsverletzung, namentlich insoweit Successiv-Lieferungsverträge in Frage kommen, zur Vertragsauflösung oder zum Schadenersatz berechtigen[2]).

Schluß.

Es ist in der Einleitung dieser Arbeit davon ausgegangen worden, daß die Lehre der clausula rebus sic stantibus sich in beschränktem Maße im § 321 B. G. B. und in einem ihrer gemeinrechtlichen Bedeutung entsprechenden Umfang im § 610 B. G. B. findet, daß im übrigen aber von der allgemeinen Anwendbarkeit der Klausellehre auf alle Verträge des bürgerlichen Rechts keine Rede sein könne. Damit hat nicht bestritten werden sollen, daß sich gesetzliche Bestimmungen, die zu einer einseitigen Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses berechtigen, recht häufig im B. G. B. finden[3]), sondern es sollte nur hervorgehoben werden, daß alle diese Fälle mit der Klausellehre an sich nichts gemein haben.

Nur im § 610 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet sich die clausula rebus sic stantibus noch in ihrer früheren Bedeutung; sie trifft dort das Darlehnsversprechen, das »im Zweifel« aus den Gründen des § 321 widerruflich sein soll; man ist in Literatur und Praxis inzwischen darüber einig geworden, daß § 610 eine Auslegungsvorschrift, § 321 hingegen einen ergänzenden Rechtssatz enthält, d. h. die Anwendbarkeit des § 321 soll nur durch eine besondere

[1]) Jur.-Woch. 03, Beil. S. 78; R. G. 54, 356,
[2]) Staub Anm. 42, Exk. vor 373, R. G. 57, 115.
[3]) 549, 1; 626; 627, 2; 671, 3; 696; 712; 723; 749, 2; 811, 1; 843, 3; 1298, 3; 1299; 1580, 2; 1889; 2227, 1; vgl. Stammler a. a. O. S. 53.

Erklärung ausgeschlossen werden, des Inhalts, daß die Vermögensverschlechterung die Kreditzusage nicht beeinflussen soll, die Widerruflichkeit des Darlehnsversprechens aus § 610 soll hingegen schon wegfallen, wenn sie erweislich nicht der Absicht der Parteien entspricht.[1]) Es fragt sich, ob, falls die letztere Parteiabsicht feststeht, die Vorschrift des § 321 auf den Tatbestand des § 610 anwendbar bleibt. § 321 ist lediglich für gegenseitige Verträge gegeben. Die Beantwortung wird daher davon abhängen, ob man das Darlehn nach bürgerlichem Recht als gegenseitigen Vertrag ansehen kann. Man wird grundsätzlich davon ausgehen müssen, daß die sofortige Darlehnshingabe auf das Darlehnsgesuch keinen gegenseitigen Vertrag darstellt, weil ein solches Rechtsverhältnis Pflichten nur auf Seiten des Darlehnsnehmers erzeugt;[2]) wohl hingegen wird man unter Umständen das Darlehnsversprechen bald als einseitigen, bald als zweiseitigen Vertrag auffassen können; je nachdem der Geber die Hingabe des Darlehns oder auch der Vertragsgegner die Annahme verspricht;[3]) der letztere Fall wäre denkbar als Subskription auf bestimmte Inhaberpapiere;[4]) liegt ein solcher zweiseitiger Vertrag vor, dann erscheint bei dem vertraglichen Ausschluß des § 610 immer noch § 321 anwendbar; damit dürfte allerdings nicht viel gewonnen sein, denn an der Annahme des Darlehns, in der allein in diesem Falle die Gegenleistung besteht, wird es ein unsicherer Schuldner kaum fehlen lassen.[5])

[1]) Matthiass S. 321; Regelsberger S. 481; Stammler S. 94 und Fritze S. 48.
[2]) Oertmann, Ausg. 1910; S. 663; Fritze S. 48; Crome S. 596; Endemann I. 1154.
[3]) Enneccerus S. 376; Kohler S. 336.
[4]) Staudinger II 2, 854.
[5]) Regelsberger S. 478.